

hen und einen anderen Notar zu beauftragen. Ein Verschulden des Auskunftspflichtigen an der Nichterfüllung des Auskunftstitels ist nicht erforderlich, um einen Zwangsgeldantrag durchzusetzen, da das Zwangsmittel ein reines Beugemittel und keine Strafe darstellt (OLG Nürnberg v. 26. 8. 2009, 12 W 1364/09, a. a. O.; Stöber, § 888 ZPO Rn. 7). Das Zwangsmittel muss nur zur Willensbeugung des Schuldners geeignet sein, wobei der Schuldner erforderliche Mitwirkungshandlungen Dritter (hier vor allem des Notars) mit Eindringlichkeit einfordern muss (BGH v. 18. 12. 2008, I ZB 68/08, a. a. O.).

Erst wenn feststeht, dass der Dritte trotz intensiver Bemühungen des Schuldners die Mitwirkungshandlung nicht oder nicht rechtzeitig erbringt, ist die vom Schuldner zu erbringende Handlung *nicht unmittelbar erzwingbar* (OLG Nürnberg v. 26. 8. 2009, 12 W 1364/09, a. a. O.). Dies darzulegen ist Aufgabe des Schuldners, da er eine (zeitweise) Unmöglichkeit der Verzeichniserstellung geltend macht. Weigert sich der Notar, die erforderlichen Ermittlungen aufzunehmen und die Feststellungen zu treffen, obliegt dem Schuldner die *Beauftragung eines anderen Notars*, weil die Vorlage eines notariellen Verzeichnisses nicht etwa dadurch dauerhaft unmöglich wird, dass ein Notar seine Mitwirkung verweigert. Werden Zwangsgelder festgesetzt, weil der Notar seinen Verpflichtungen zur Ermittlung nicht hinreichend nachgekommen ist, kann der Schuldner ihn insoweit u. U. wegen *Notarhaftung* in Anspruch nehmen (Klinger, NJW-Spezial 2004, 61).

### 3.2.3 Unzureichende Mitwirkung des Erben

Verhält es sich umgekehrt so, dass der *auskunftspflichtige Schuldner notwendige Mitwirkungshandlungen verweigert* – etwa weil er die vom Notar angeforderten Unterlagen nicht vorlegt, einen Termin zur persönlichen Vernehmung ablehnt oder dem Notar keinen Vollmachtsnachweis zur Einholung der Auskünfte bei Dritten erteilen will –, darf der Notar, will er seine Amtspflicht zur Ermittlung des Nachlasses nicht durch ein unzureichend ermitteltes Verzeichnis verletzen und sich deswegen gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten schadensersatzpflichtig machen, das Verzeichnis nicht ohne

diese Mitwirkungshandlungen und die aus seiner Sicht erforderlichen Ermittlungen erstellen.

Er muss vielmehr den Schuldner zur Mitwirkung ermahnen und ihm und dem Pflichtteilsberechtigten, der seine Zuziehung verlangt hat, mitteilen, dass er mangels Mitwirkung des Erben das Verzeichnis nicht aufnehmen kann. Gerade in diesem Fall ist ein *Zwangsgeld gegen den Schuldner* mangels Vorlage des Verzeichnisses zu verhängen, wodurch der Schuldner mittelbar auch zur Mitwirkung bei den Ermittlungen des Notars angehalten wird (Braun, MittBayNot 2008, 351, 353).

Eine *Amtshaftung gegenüber dem Schuldner* hat der Notar in einem solchen Falle nicht zu befürchten, selbst wenn dieser die von ihm verlangten Mitwirkungshandlungen für überzogen hält. Denn der Schuldner kann und muss seinen Einwand, alles seinerseits Mögliche und Notwendige zur Aufnahme des Verzeichnisses getan zu haben, entweder im Zwangsgeldverfahren oder (sollte bereits ein Zwangsgeld verhängt worden sein) im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen und auf diese Weise eine weitere Vollstreckung des Auskunftstitels bzw. des Zwangsgeldes abwenden. Zudem handelt der Notar keinesfalls pflichtwidrig, wenn er vom Schuldner konkrete Mitwirkungshandlungen verlangt, die ex-ante betrachtet die Aufklärung pflichtteilsrelevanter Umstände jedenfalls aus vertretbarer Sicht eines besonnenen Dritten wenigstens möglicherweise erwarten lassen.

## 4. Zusammenfassung

Für den Pflichtteilsberechtigten ist es oftmals ein steiniger Weg, bis er die Auskünfte erhält, die ihm eine Bezifferung seiner Ansprüche ermöglichen. Das Misstrauen des Pflichtteilsgläubigers gegenüber dem Erben ist regelmäßig besonders groß, muss er doch davon ausgehen, dass wertvolle Nachlassgegenstände nicht angegeben werden, um den Pflichtteilsanspruch gering zu halten. Dementsprechend bedeutsam ist die Vollstreckung des Auskunftsanspruchs, da der Pflichtteilsberechtigte hier die Möglichkeit hat, Druck auf den auskunftsverpflichteten Erben auszuüben. Gleichzeitig hat der Erbe die Möglichkeit, durch Vollstreckungsgegenklage dem vollstreckbaren Auskunftstitel „die Zähne zu ziehen“.

# Die Rechtsprechung zum landwirtschaftlichen Erbrecht in den Jahren 2009 und 2010

Von Christiane Graß\*

## 1. Höferecht

### 1.1 Fakultatives Höferecht

#### Zulässigkeit der vorübergehenden Aufgabe der Hofeigenschaft zur Vermeidung der höferechtlichen Geneh-

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Fachanwältin für Agrarrecht in Bonn. – Der Beitrag enthält eine Auswahl der in den Jahren 2009 und 2010 veröffentlichten Entscheidungen zum Landwirtschaftserbrecht, die insbesondere für die anwaltliche und notarielle Beratungspraxis von Bedeutung sind.

**migungspflicht.** Landwirtschaftliche Betriebe, die sich in einem der vier Höfeordnungsländer befinden und die Voraussetzungen des § 1 HöfeO erfüllen, unterliegen kraft Gesetzes dem Höferecht. Der Eigentümer hat aber die Möglichkeit, den Betrieb durch Abgabe der negativen Hoferklärung dem Höferecht zu entziehen, § 1 Abs. 4 HöfeO. Der BGH hat im *Beschluss vom 28. 11. 2008, BLw 11/08* (ZEV 2009, 144, NJW-RR 2009, 517) klargestellt, dass das fakultative Höferecht eine von vornherein zeitlich beschränkte Aufgabe der Hofeigenschaft erlaubt, um die Schwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei der Übertragung des Hofes aus der Anwendung der höferechtlichen Vorschriften ergeben. Im konkreten Fall bestand die Sorge, das LandwGer. werde eine Hofübergabe ge-

mäß § 17 HöfeO wegen der fehlenden Wirtschaftsfähigkeit des vorgesehenen Hofnachfolgers nicht genehmigen (§ 17 Abs. 3 HöfeO). Wegen des fakultativen Charakters des Höfe-rechts beanstandete es der BGH nicht, dass der Hofeigentümer die negative Hoferklärung abgab und die landwirtschaftliche Besetzung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen an den vorgesehenen Nachfolger übertrug, der sich sogar im Übergabevertrag dazu verpflichtete, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Wiedereintragung des Hofvermerks zu beantragen.

## 1.2 Hofeigenschaft

**Abhängigkeit der Hofeigenschaft von der Lage der Hofstelle.** Für die Frage, ob eine landwirtschaftliche Besetzung, deren Grundbesitz teilweise auf dem Gebiet eines der vier Höfeordnungsländer und teilweise auf dem Gebiet eines anderen Bundeslandes liegt, den Regeln der HöfeO unterliegt, kommt es nach dem *Beschluss des OLG Hamm vom 15. 12. 2009, 10 W 78/09* (BeckRS 2010, 03611, AUR 2010, 138) maßgeblich auf die Lage der Hofstelle und nicht der landwirtschaftlichen Besetzungen an. Dabei sei es nicht zwingend erforderlich, dass sich auf der Hofstelle auch die Betriebsleiterwohnung befindet.

**Wegfall der Hofeigenschaft bei bestehendem Hofvermerk.** Die Hofeigenschaft entscheidet insbesondere darüber, ob sich die Nachfolge im Erbfall nach höferechtlichen Vorschriften oder nach allgemeinem Erbrecht vollzieht. Der im Grundbuch eingetragene Hofvermerk begründet nach § 5 HöfeVfO die Vermutung für die Hofeigenschaft. In der Rechtsprechung ist indessen anerkannt, dass die Hofeigenschaft unabhängig vom Fortbestehen des Hofvermerks im Grundbuch entfällt, wenn eine land- oder forstwirtschaftliche Besetzung nicht mehr vorhanden ist (Verlust der Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs). Dabei setzt eine landwirtschaftliche Besetzung voraus, dass über das Vorhandensein einzelner landwirtschaftlicher Grundstücke hinaus auch eine wirtschaftliche Betriebseinheit vorliegen muss oder jedenfalls ohne Weiteres wieder hergestellt werden kann. Die Einstellung des aktiven landwirtschaftlichen Betriebs und die Verpachtung der Ländereien führen allerdings nicht automatisch zum Wegfall der Hofeigenschaft. Der Verlust der Hofeigenschaft setzt vielmehr voraus, dass die landwirtschaftliche Betriebseinheit dauerhaft aufgelöst ist und ein „Wiederanspannen“ ausscheidet. Dabei kann nach einem *Beschluss des OLG Oldenburg vom 30. 4. 2009, 10 W 17/09* (BeckRS 2009, 86613, FamRZ 2010, 1274) nicht allein aus Willensäußerungen des Erblassers, wonach er den Grundbesitz weiter als Hof erhalten will, die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Aufhebung der Betriebseinheit nur vorübergehend und ihre Wiederherstellung zu erwarten ist, wenn alle anderen Indizien wie die Aufgabe der Eigenbewirtschaftung knapp 40 Jahre zuvor, die Abschaffung des Viehs und der Gerätschaften und die Verpachtung der Flächen bei objektiver Betrachtung für einen dauerhaften Wegfall der Betriebseinheit sprechen. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Wiederanspannen des Betriebs aus den selbst erzielten landwirtschaftlichen Erträgen sinnvoll ist, soll auch auf das Verhältnis zwischen dem aus der Landwirtschaft voraussichtlich erzielbaren

Ertrag und den ohne wirtschaftliches Risiko erzielbaren Pachtzinseinnahmen aus der Verpachtung von Hofflächen und Gebäuden abzustellen sein.

## 1.3 Hoferbfolge

**Schuldrechtliche Verpflichtung aus unwirksamer Hoferbenbestimmung.** Das *OLG Oldenburg* stellt im *Urteil vom 10. 9. 2009, 1 U 36/09* (BeckRS 2009, 28405, ZEV 2011, 90 Ls.) klar, dass bei Unklarheiten über die Person des Hoferben die in Betracht kommenden Personen keine Vereinbarung treffen können, wer von ihnen der Hoferbe sein soll. Ein diesbezüglicher notarieller Vertrag kann aber die schuldrechtliche Verpflichtung begründen, dem begünstigten Beteiligten den Nachlass bzw. bei einem Hof das Hofvermögen zu übertragen, um auf diese Weise das im Vertrag gewollte Ergebnis herbeizuführen.

**Ausschluss des Ehegatten als gesetzlicher Hoferbe.** Wird der Ehegatte gesetzlicher Hoferbe, kann dies nur dann unter Billigkeitserwägungen korrigiert werden, wenn bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ein Festhalten an der Berufung des Ehegatten grob unbillig wäre. Eine solche grobe Unbilligkeit hat das *OLG Hamm* bei einer 6-jährigen Ehedauer, einem Versterben der Ehefrau 2 Jahre nach dem Tod des Hofeigentümers und erheblichen Verdiensten der nachrangigen Hoferben um den seit Jahrhunderten im Familienbesitz befindlichen Hof verneint (*Beschl. v. 22. 9. 2009, 10 W 123/08*, BeckRS 2010, 09692).

**Eignung kein Auswahlkriterium bei mehreren wirtschaftsfähigen Prätendenten in derselben Hoferbenordnung.** Sind in derselben Hoferbenordnung mehrere Prätendenten vorhanden, die alle über die Wirtschaftsfähigkeit verfügen, wird der gesetzlich berufene Hofanwärter Hoferbe, auch wenn ein anderer Prätendent derselben Hoferbenordnung die für die Bewirtschaftung des Hofes „bessere Eignung“ haben sollte. Das *OLG Celle* führt im *Beschluss vom 21. 1. 2008, 7 W 93/07* (BeckRS 2008, 20877, ZEV 2009, 146 Ls.) aus, dass die HöfeO das Auswahlkriterium der besseren Eignung bei mehreren wirtschaftsfähigen Prätendenten in derselben Hoferbenordnung nicht kennt.

**Voraussetzungen einer formlos bindenden Hoferbenbestimmung.** Zur formlos bindenden Hoferbenbestimmung, bei der in der dauerhaften Überlassung des Hofes zum Zwecke der Bewirtschaftung nach §§ 7 Abs. 2, 6 Abs. 1 HöfeO eine Hoferbenbestimmung gesehen wird, entschied das *OLG Oldenburg* mit *Beschluss vom 7. 6. 2007, 10 W 11/07* (BeckRS 2008, 19407, FamRZ 2009, 645), dass der Hof dem betreffenden Abkömmling auch noch im Zeitpunkt des Erbfalls zur eigenen Bewirtschaftung überlassen sein musste. Hatte der Abkömmling die Bewirtschaftung des Hofes im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits aufgegeben, schließt dies eine Hoferbfolge nach den Grundsätzen der formlos bindenden Hoferbenbestimmung aus, auch wenn er an der Verpachtung des Hofes an einen Dritten mitwirkte.

**Dauerhafte Bewirtschaftungsübertragung bei arbeits-teiliger Bewirtschaftung des Hofes.** Für das Erfordernis der dauerhaften Bewirtschaftungsübertragung, die noch im Zeitpunkt des Erbfalls bestehen muss, ist es allerdings nicht

zwingend erforderlich, dass der vorgesehene Hofnachfolger den Betrieb ausschließlich alleine und unter Ausschluss des Hofeigentümers bewirtschaftet. Nach einer Entscheidung des *OLG Celle* reicht eine arbeitsteilige Bewirtschaftung des Hofes durch den Erblasser gemeinsam mit dem vorgesehenen Nachfolger aus (*Beschl. v. 17. 8. 2009, 7 W 98/08*, BeckRS 2010, 10175, Rechtsbeschwerde verworfen durch *BGH v. 18. 3. 2010, BLW 8/09*, BeckRS 2010, 10100).

**Wirtschaftsfähigkeit des Hoferben.** Hoferbe kann nur sein, wer auch wirtschaftsfähig ist, § 6 Abs. 6 HöfeO. Der für die Hofnachfolge erforderlichen Wirtschaftsfähigkeit soll allein mangelnde Altersreife nicht entgegenstehen (§ 6 Abs. 6 Satz 2 HöfeO). Hierzu hat das *OLG Oldenburg* mit *Beschluss vom 22. 9. 2009, 10 W 4/08* (BeckRS 2011, 10696, RdL 2010, 131) entschieden, dass dieser Grundsatz mit Blick auf die Nachwuchssorgen in der Landwirtschaft einer zurückhaltenden Auslegung bedarf. Bei einem knapp 3-jährigen Kind reiche daher nicht aus, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass es in die Landwirtschaft hineinwächst. Angesichts der Unabwendbarkeit der gerichtlichen Entscheidung sei die positive Prognose erforderlich, dass zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine spätere Bewirtschaftung des Hofes durch das Kind zu erwarten sei. Ähnlich zurückhaltend äußert sich das *OLG Celle* im *Beschluss vom 15. 3. 2010, 7 W 11/10* (BeckRS 2010, 22049, NdsRpfl 2010, 381, RdL 2011, 76). Das OLG führt aus, dass minderjährige Kinder, die sich in einer höheren Schulausbildung befinden, einen kaufmännischen Beruf anstreben und sich „derzeit“ nicht vorstellen können, den elterlichen Betrieb zu übernehmen, i. d. R. nicht als wirtschaftsfähig anzusehen sind, weil es nicht nur an der erforderlichen Altersreife, sondern auch an allen übrigen Voraussetzungen der Wirtschaftsfähigkeit fehle. Auch ein hohes Alter gibt Anlass zu sorgfältiger Prüfung der Wirtschaftsfähigkeit. Das folgt, wie das *OLG Hamm* im *Beschluss vom 9. 3. 2010, 10 W 95/09* (BeckRS 2010, 16342) betont, aus dem Erfordernis, den Hof jederzeit in Eigenbewirtschaftung nehmen zu können. Entscheidend ist der Zeitpunkt des (Nach-)Erbfalls, nicht der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

#### 1.4 Umfang des Hofvermögens

**Bankguthaben als Hofeszubehör.** Mit der Frage, inwieweit Geldvermögen des Erblassers Hofeszubehör ist, hatte sich das *OLG Hamm* im *Beschluss vom 16. 9. 2009, 10 W 156/07* (BeckRS 2009, 22133, RNotZ 2010, 340 m. Anm. *Gehse*) zu befassen. Es entschied, dass Geld auf Konten des Erblassers insoweit Hofeszubehör sein kann, wie das Geld für die Zahlung der anfallenden Kosten ohne die Inanspruchnahme von Kreditmitteln im laufenden Wirtschaftsjahr bis zur nächsten Ernte benötigt wird. Der Hoferbe kann nach der Auffassung des *OLG Hamm* nicht verlangen, dass ihm zu Lasten der weichen Erben in einem Umfang Geldmittel zur Verfügung gestellt werden, die es ihm ermöglichen würden, den Hof in einen betriebswirtschaftlich sinnvollen Zustand zu versetzen.

**Hofeigenschaft bei forstwirtschaftlichem Betrieb.** Einem früher forstwirtschaftlich genutzten Waldgrundstück, an welchem der Hofeigentümer ein 50-jähriges Erbbaurecht zur Nutzung als Mülldeponie bestellt hatte, sprach das *OLG*

*Hamm* mit *Beschluss vom 22. 7. 2010, 10 W 11/10* (BeckRS 2010, 23360, FamRZ 2011, 1180) wegen der langjährigen forstwirtschaftsfremden Nutzung, die zugleich einen besonders schwerwiegenden Eingriff in dessen spätere forstwirtschaftliche Nutzung darstellt, die Hofzugehörigkeit ab.

**Einheitliche Beurteilung eines Hofgrundstücks.** Bei der Beurteilung der Frage, ob ein nicht vermessener Teil eines Hofgrundstücks, das mit anderen Flurstücken unter einer Nummer in Abteilung I des Hofesgrundbuchs verzeichnet ist und hofesfremd genutzt wird, als hoffreies Vermögen angesehen werden kann, hat das *OLG Celle* mit *Beschluss vom 15. 3. 2010, 7 W 91/09* (BeckRS 2010, 19635, RdL 2010, 271) im Einklang mit der h. M. eine solche Sonderrechtsfähigkeit einer Teilfläche verneint. Grundstücke, die im Grundbuch mit eigener laufender Nummer eingetragen sind, können nur einheitlich als Hofesvermögen oder als hoffreies Vermögen angesehen werden.

#### 1.5 Nachabfindung

**Abfindungsergänzungsansprüche für Ehegatten nach § 13 HöfeO erst ab Tod des Hofübergebers.** Bei der Hofübergabe an einen hoferbenberechtigten Abkömmling gilt nach § 17 Abs. 2 HöfeO zu Gunsten der anderen Abkömmlinge der Erbfall als eingetreten mit der Folge, dass diese von diesem Zeitpunkt an den Abfindungsanspruch des § 12 HöfeO und etwaige Nachabfindungsansprüche nach § 13 HöfeO geltend machen können. Eine analoge Anwendung zu Gunsten des Ehegatten des Übergebers, der nicht zum Kreis der durch § 17 Abs. 2 HöfeO begünstigten Personen gehört, lehnt das *OLG Celle* mit *Beschluss vom 16. 6. 2008, 7 W 109/07* (BeckRS 2008, 25862, RdL 2009, 49) wegen der klaren gesetzlichen Regelung und des Fehlens einer Regelungslücke ab. Der Ehegatte muss sich bis zum Erbfall gedulden. Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des *OLG Celle* hat der *BGH* (*Beschl. v. 8. 10. 2008, BLW 15/08*, BeckRS 2008, 23044, RdL 2009, 75) als unzulässig verworfen.

**Nachabfindungspflicht bei Pacht- und Nutzungsentgelten für Windenergieanlagen.** Als besonders aktuell hervorzuheben ist der *Beschluss des OLG Oldenburg vom 15. 8. 2008, 10 W 2/08* (BeckRS 2008, 19455, RNotZ 2008, 621, FD-ErbR 2008, 266976 m. Anm. *Gilbert*), demzufolge Pacht- und Nutzungsentgelte, die ein Hoferbe für Windenergieanlagen erhält, die auf Hofgrundstücken errichtet sind, die Nachabfindungspflicht des § 13 Abs. 4 HöfeO auslösen. Der *BGH* hat die Entscheidung mit *Beschluss vom 24. 4. 2009, BLW 21/08* (BGHZ 180, 285, ZEV 2009, 568, NJW-RR 2009, 1610) bestätigt. Er betont, dass die Zurverfügungstellung von Flächen für die Gewinnung von Windenergie auch dann keine landwirtschaftliche Nutzung i. S. von § 13 Abs. 4b HöfeO (Bodenbewirtschaftung und die mit der Bodennutzung verbundene Tierhaltung zur Gewinnung pflanzlicher oder tierischer Erzeugnisse) darstellt, wenn die Flächen weiterhin zum Teil landwirtschaftlich genutzt werden können. Der *BGH* will die weichen Erben erklärtermaßen nicht schlechter stellen, als sie stünden, wenn die landwirtschaftliche Nutzung der Flächen durch die landwirtschaftsfremde Nutzung ausgeschlossen wäre und der Hoferbe dadurch erhebliche Gewinne erzielte.

**Keine Verkehrswertabfindung bei landwirtschafts-fremder Nutzung.** Ähnliches gilt für den Abschluss eines langfristigen Pachtvertrags mit einer Dauer von 30 Jahren und Verlängerungsoptionen zum Betrieb eines Golfplatzes. Indessen lehnte es das *OLG Hamm* mit *Beschluss vom 27. 11. 2008, 10 W 02/03* (BeckRS 2009, 18120, AUR 2009, 399) ab, in einer solchen Situation die Nachabfindung in analoger Anwendung von § 13 Abs. 1 Satz 1 HöfeO anhand des Verkehrswerts des Hofes zu berechnen. Berechnungsgrundlage für den Nachabfindungsanspruch waren für das *OLG Hamm* vielmehr die erzielten Erlöse in Form der Pachteinahmen. Die sehr ausführlich begründete Entscheidung enthält grundlegende Aussagen zur Berechnung der Nachabfindung gemäß § 13 Abs. 4 HöfeO. Die Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung blieb erfolglos (*BGH, Beschl. v. 23. 4. 2009, BLW 1/09*, BeckRS 2009, 12396). Weitere praxisrelevante Hinweise zur Berechnung von Nachabfindungsansprüchen enthalten die Beschlüsse des *OLG Hamm vom 18. 6. 2009, 10 W 90/03* (BeckRS 2009, 23027), *vom 15. 12. 2009, 10 W 97/07* (BeckRS 2010, 15751), *vom 9. 3. 2010, 10 W 127/09* (BeckRS 2011, 04134) und *vom 9. 3. 2010, 10 W 50/08* (BeckRS 2010, 15750), letztere einen kaschierten Kaufpreisanteil betreffend.

### 1.6 Hofübergabevertrag

**Genehmigung eines Hofübergabevertrags bei Nießbrauchsvorbehalt.** Häufig ist die Hofübergabe mit einem Nießbrauchsvorbehalt zu Gunsten des Hofübergebers verknüpft. Die Zulässigkeit des Nießbrauchsvorbehalts hat das *OLG Hamm* im *Beschluss vom 27. 5. 2008, 10 W 9/08* (ZEV 2009, 147) nochmals ausdrücklich hervorgehoben, nachdem das LandwGer. eine Aushöhlung der Hoferbfolge befürchtet hatte. Der Nießbrauchsvorbehalt ist stets zulässig, wenn hierdurch die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Hofes nicht gefährdet wird. Ergänzend merkte das *OLG Hamm* an, dass durch die Genehmigung des Hofübergabevertrags den Zielsetzungen des Höferechts mehr gedient wird als durch eine Versagung der Genehmigung, die nur den alten Zustand konservieren würde.

**Genehmigung eines Hofüberlassungsvertrags.** Die Genehmigung zu einem Hofübergabevertrag, bei dem der Hofübergeber ca. 15 % des Ackerlandes zurückbehalten und einem weichenden Hoferben unter Anrechnung auf dessen Abfindungsansprüche aus § 12 HöfeO übertragen wollte, versagte das *OLG Schleswig* mit *Beschluss vom 28. 4. 2009, 3 WLw 53/08* (BeckRS 2009, 24613). Es sah bei dieser Größenordnung einen Verstoß gegen den Grundsatz der ungeteilten Erhaltung des Hofes, so dass es einen Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 GrdstVG (unwirtschaftliche Verkleinerung oder Aufteilung von Grundstücken) annahm.

**Zur Beteiligung der in Betracht kommenden weichen- den Erben bei Genehmigung eines Hofübergabevertrags.** Das *OLG Oldenburg* hatte sich im *Beschluss vom 9. 7. 2009, 10 W 9/09* (FGPrax 2010, 99) mit der Frage zu befassen, inwieweit im Verfahren zur Genehmigung eines Hofübergabevertrags Angehörige, die im Erbfall als weichende Erben in Betracht kommen, als Beteiligte i. S. von § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG in das Verfahren einzubeziehen sind. Mit der h. M.

geht das *OLG Oldenburg* nur dann von einem Beteiligtenstatus der weichenden Erben aus, wenn durch den Hofübergabevertrag eine Rechtsbeeinträchtigung der weichenden Erben eintreten kann. Das ist nur im Ausnahmefall gegeben, etwa wenn durch die Hofübergabe eine bindend gewordene formlose Hoferbenbestimmung unterlaufen wäre oder wenn der Übernehmer eventuell nicht wirtschaftsfähig ist, der nicht berücksichtigte Abkömmling aber wohl.

### 1.7 Sonstiges/verfahrensrechtliche Aspekte

#### Eintragung eines Hofaufgabevermerks im Grundbuch.

Eine landwirtschaftliche Besitzung ist Hof i. S. der HöfeO, wenn sie in Alleineigentum steht, über eine zur Bewirtschaftung geeignete Hofstelle verfügt und einen Wirtschaftswert von mindestens 10 000 € hat. Sie verliert die Hofeigenschaft, wenn der Eigentümer die negative Hoferklärung abgibt und der Hofvermerk im Grundbuch gelöscht wird. Die Löschung des Hofvermerks muss nach einem *Beschluss des OLG Köln vom 10. 2. 2009, 23 WLw 12/08* (FGPrax 2009, 205) auch dann eingetragen werden, wenn für die landwirtschaftliche Besitzung, aus welchem Grund auch immer, kein Hofvermerk im Grundbuch eingetragen war. Das Rechtsschutzinteresse des Eigentümers an der Eintragung der negativen Hoferklärung ist nicht dadurch beseitigt, dass das Grundbuchamt die Hofaufgabeverklärung zu den Grundakten nimmt. Der vorherigen Eintragung des Hofvermerks zum Zwecke seiner Löschung bedarf es nicht.

#### Entscheidung des Landwirtschaftsgerichts über HöfeO.

Zur Abgrenzung, wann bei Streitigkeiten, die einen Hof betreffen, das LG nach § 71 Abs. 1 GVG und wann das LandwGer. nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LwVfG i. V. m. § 18 HöfeO zuständig ist, entschied das *OLG Hamm* mit *Beschluss vom 7. 1. 2010, 10 W 128/09* (BeckRS 2010, 03506, AUR 2010, 137), dass das LandwGer. für alle Entscheidungen über alle Anträge und Streitigkeiten zuständig ist, die sich aus der Anwendung der HöfeO ergeben sowie aus diesbezüglichen Vereinbarungen der Beteiligten. In Abgrenzung dazu ist die Zuständigkeit des Prozessgerichts gegeben, wenn die Beteiligten zwar über einen „Hof“ streiten, jedoch der Gegenstand des Streits nicht das Landwirtschaftserbrecht betrifft und die Vorschriften der HöfeO außer Betracht bleiben.

#### Materielle Rechtskraft einer Feststellungsentscheidung über Hofeigenschaft.

Mit Fragen der Reichweite und Grenzen der materiellen Rechtskraft einer Feststellungsentscheidung über die Hofeigenschaft befasste sich das *OLG Oldenburg* im *Beschluss vom 9. 7. 2009, 10 W 21/09* (BeckRS 2011, 10695, RdL 2010, 18). Danach kann von den Beteiligten eines Feststellungsverfahrens in einem späteren Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden, dass zu diesem Zeitpunkt, auf den sich die damalige Feststellung bezog, kein Hof vorlag. Einen neuen Antrag kann der Beteiligte nicht auf Tatsachen stützen, die in den früheren Verfahren geltend gemacht worden sind oder hätten geltend gemacht werden können. Auch eine nochmalige Nachprüfung gemäß § 12 Abs. 2 HöfeVO kann auf solche Tatsachen nicht gestützt werden.

**Wegfall der Hofeigenschaft „außerhalb des Grundbuchs“.** Die Klärung der Frage, ob ein landwirtschaftlicher Betrieb die Hofeigenschaft „außerhalb des Grundbuchs“ ver-

loren hat, gehört sicherlich zu den schwierigen Fragen des Höferechts. Die Beantwortung entscheidet darüber, ob im Erbfall nach Maßgabe des Hofeswerts abzufinden ist oder ob die Erbauseinandersetzung auf Basis der Verkehrswerte zu erfolgen hat. Der Anwalt, der die Problematik verkennt und bei einem offenbar gegebenen „Verlust der Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs“ nicht die gebotenen Maßnahmen zur Durchsetzung des am Verkehrswert orientierten Erbausgleichs veranlasst, macht sich gegenüber dem Mandanten schadensersatzpflichtig. Mit dieser Thematik befasst sich das *Urteil des OLG Oldenburg vom 24. 4. 2009, 1 U 110/08* (BeckRS 2009, 88179, RdL 2009, 274), das auch wegen der Zusammenfassung der Grundsätze zum Verlust der Hofeigenschaft außerhalb des Grundbuchs lesenswert ist.

## 2. Landguterbrecht

**Konkludente Anordnung des Ertragswerts für ein Landgut.** Unter einem Landgut wird allgemein eine Besetzung von einer gewissen Größe verstanden, die zum selbstständigen und dauernden Betrieb der Landwirtschaft einschließlich der Viehzucht oder der Forstwirtschaft geeignete und bestimmte Wirtschaftseinheit darstellt und mit den nötigen Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehen ist und die für den Inhaber eine selbstständige Nahrungsquelle darstellen muss. Hierzu betont das *OLG München im Urteil vom 18. 3. 2009, 20 U 2160/06* (ZEV 2009, 301 m. Anm. Kempfner auf S. 415), dass der Begriff des Landguts i. S. der §§ 2312, 2049 BGB zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse eng auszulegen ist, und zwar dahingehend, dass die Erhaltung eines leistungsfähigen, landwirtschaftlichen Betriebs in der Hand einer vom Gesetz begünstigten Person erreicht werden muss. Diese Voraussetzungen können aber auch bei einem Nebenerwerbsbetrieb erfüllt sein. Für die Qualifikation als Landgut kommt es ausschließlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls an.

**Ermittlung des Reinertrags eines Landguts.** Greift das Landguterbrecht, wird die landwirtschaftliche Besetzung bei der Berechnung von Erb- und Pflichtteilsansprüchen nicht mit dem Verkehrswert, sondern dem deutlich niedrigerem Ertragswert angesetzt. Als eine der wenigen Entscheidungen, die sich mit der Berechnung des Ertragswerts eines Landguts befasst, gibt das *OLG Celle im Urteil vom 10. 10. 2007, 7 U 62/06* (ZEV 2009, 141) die Hinweise, dass bei der Ermittlung des Reinertrags i. S. von § 2049 Abs. 2 BGB auch die fiktiven Lohnansprüche des Betriebsinhabers sowie der nicht entlohnten mitarbeitenden Familienangehörigen als betriebliche Kosten vom Rohertrag in Abzug zu bringen sind. Ebenfalls in Abzug zu bringen sind die kapitalisierten Altenteilsverpflichtungen, welche grds. nach der statistischen Lebenserwartung des Altenteils zu berechnen sind, während auf die tatsächliche Lebenszeit des Altenteilers abzustellen ist, wenn der Altenteiler im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bereits verstorben ist.

## 3. Grundstückverkehrsgesetz

**Zuweisungsverfahren.** Zum gerichtlichen Zuweisungsverfahren nach § 14 GrdstVG wurde im Berichtszeitraum, soweit ersichtlich, lediglich die Entscheidung des *AG Bitburg vom 13. 1. 2006, S Lw 18/03* (AUR 2009, 101) veröffentlicht. Der Grund für die geringe Anzahl an Gerichtsentscheidungen dürfte darin zu sehen sein, dass die Verfahren äußerst langwierig sind und meistens eine einvernehmliche Lösung gefunden wird. Das AG Bitburg tendiert dazu, dass eine zur Bewirtschaftung geeignete Hofstelle als Voraussetzung einer Zuweisungsentscheidung nicht nur im Zeitpunkt des Erbfalls, sondern auch im Zeitpunkt der Zuweisungsentscheidung gegeben sein muss. Letztlich konnte das AG die Frage offen lassen, da auf dem Betrieb, dessen Zuweisung der Antragsteller begehrte, derart erbärmliche Zustände herrschten, dass sie für die Annahme der Wirtschaftsfähigkeit des Antragstellers nicht den geringsten Raum boten.

# Ertragsteuerliche Probleme beim Geldvermächtnis durch Leistung an Erfüllung statt

Von Dr. Thomas Stein\*

## 1. Einführung

Mandanten äußern bei der Testamentserrichtung oft den Wunsch, bestimmte Personen mit Geldvermächtnissen zu bedenken. Häufig werden diese Vermächtnisse auch gewählt, um die Erbschaftsteuerfreibeträge verschiedener Personen zu nutzen, um so insgesamt eine Verringerung des erbschaftsteuerpflichtigen Erwerbs zu erreichen. Wenngleich die Anordnung eines Geldvermächtnisses *einfach und praktikabel* ist,

muss dies im Einzelfall unter *ertragsteuerlichen Gesichtspunkten* überdacht werden.

## 2. Erfüllung des Geldvermächtnisses

Unter steuerplanerischen Gesichtspunkten wird bei einer Testamentserrichtung regelmäßig die Erbschaftsteuer berücksichtigt. Leicht in Vergessenheit geraten allerdings die ertragsteuerlichen Aspekte, die bei einer Übertragung von Todes wegen zu beachten sind. Dabei dient deren Berücksichtigung nicht dazu, ertragsteuerliche Vorteile zu schaffen, sondern lediglich dazu, *ertragsteuerliche Nachteile zu verhindern*. Sie ist also eher Reaktion als positive Steuerplanung.

Wird ein Vermächtnis angeordnet, so wird dem Bedachten der jeweilige Vermögensgegenstand zugewandt. Bei einem auf einen Geldbetrag lautenden Vermächtnis ist dies der

\* Der Autor ist RA/StB und Mitarbeiter der Sozietät *Flick Gocke Schaumburg* Partnerschaftsgesellschaft am Standort Frankfurt a. M.